

60. 1. Kann nach Vollstreckung eines vorläufig vollstreckbaren, später abgeänderten Teilurteils Schadenserfaß auf Grund des § 717 Abs. 2 ZPO. im weiteren Verfahren noch verlangt werden, nachdem über den Teilanspruch rechtskräftig erkannt worden ist?

2. Zur Berechnung des Streitwerts für einen solchen Antrag.

3. Gehören die Kosten für die Beschaffung einer Sicherheit zur Durchführung der Zwangsvollstreckung zu den notwendigen Kosten der Zwangsvollstreckung und des Rechtsstreits?

4. Kann für den Anspruch auf Schadenserfaß wegen Nichterfüllung eines Kaufvertrags beim Schwanken der Grundstückspreise der Schadensberechnung ein Durchschnittswert zugrundegelegt werden?

ZPO. §§ 91, 717, 788. BGB. §§ 249, 326.

VI. Zivilsenat. Urf. v. 25. Oktober 1934 i. S. Terrain-Gesellschaft L. AG. (Bekl.) w. Frau St. (kl.). VI 281/34.

I. Landgericht Berlin.

II. Kammergericht daselbst.

Die Klägerin kaufte von der Beklagten im Jahre 1921 ein Grundstück zum Zweck der Bebauung. Da die Beklagte das Grundstück nicht liefern konnte, trat die Klägerin nach Fristsetzung (§ 326 BGB.) vom Vertrag zurück und forderte mit der Klage Schadenserfaß wegen Nichterfüllung in Höhe von zusammen 58000 RM. nebst Zinsen. Im einzelnen berechnet sie als Schaden: 22960 RM, weil sie den auf dem Grundstück geplanten Hausbau nicht habe ausführen können, ferner für den Wert des reinen Grundstücks 18998 RM. und den Rest mit 16042 RM. für die entgangene Nutzung des Grundstücks und sonstige Schäden.

Das Landgericht hat zunächst durch Teilurteil vom 18. November 1927 den ersten Schadensteil mit 22960 RM. nebst Zinsen in vollem Umfang zugesprochen und dies Urteil gegen eine Sicherheit von 24000 RM. für vorläufig vollstreckbar erklärt. Die Klägerin zog nach Beschaffung der Sicherheit die Urteilssumme von der Beklagten ein. Das Kammergericht hat, nachdem ein früheres Urteil vom Reichsgericht aufgehoben war, durch Urteil vom 27. Februar 1931 die Beklagte zur Zahlung von 15000 RM. nebst Zinsen verurteilt, in Höhe

von 7960 RM. die Klage hinsichtlich des Teilschadens abgewiesen; gleichzeitig hat es die Klägerin auf entsprechenden Antrag der Beklagten verurteilt, an die Beklagte 7960 RM. nebst Zinsen, wie näher angegeben, zu zahlen. Die gegen dieses Urteil eingelegte Revision ist zurückgewiesen worden.

Von den weiter geforderten 35040 RM. RM. nebst Zinsen hat das Landgericht 6500 RM. mit Zinsen zugebilligt und die Klage im übrigen abgewiesen. Im Berufungsverfahren verlangte die Klägerin weitere 10 000 RM. Die Beklagte machte neu geltend, sie habe sich zur Abwendung der Zwangsvollstreckung aus dem ersten landgerichtlichen Urteil die Urteilssumme im Wege des Bankkredits beschafft. Hierbei habe sie für den später der Klägerin abgesprochenen und von ihr am 11. November 1931 zurückbezahlten Betrag von 7960 RM. für die Zeit seit dem 1. April 1928 bis zum 11. November 1931 an Bankzinsen 1762,12 RM. über die ihr von der Klägerin gewährten Zinsen hinaus aufwenden müssen. Diesen Betrag hat die Beklagte zunächst im Wege der Aufrechnung gefordert, doch widersprach die Klägerin der Aufrechnung. In der Schlußverhandlung beantragte die Beklagte, die Klägerin gemäß § 717 Abs. 2 ZPO. zu verurteilen, an die Beklagte 1762,12 RM. herauszuzahlen. Das Berufungsgericht wies diesen Antrag ab und verurteilte die Beklagte bei Neufassung des Urteils im ganzen zur Zahlung von 15485,60 RM. nebst Zinsen unter Abweisung des weitergehenden Anspruchs. In der Revisionschrift erklärte die Beklagte, sie setze das Urteil hinsichtlich der 1762,12 RM. in vollem Umfang und wegen der Urteilssumme in Höhe von 5377,60 RM. an. In der Begründung der Revision erweiterte die Klägerin ihren Antrag dahin, daß sie Abweisung der Klage in Höhe von 13639,72 RM. und Zinsen begehrte; in dieser Summe sind nach der beigelegten Berechnung jene 1762,12 RM. enthalten. Die Klägerin beantragte in erster Reihe, die Revision als unzulässig zu verwerfen, weil nach dem ersten Antrag die Revisionssumme fehle und hieran die spätere Erweiterung des Antrags nichts ändere; hilfsweise hat die Klägerin um Zurückweisung der Revision. Die Revision wurde zurückgewiesen.

#### Gründe:

1. Zu Unrecht hält die Klägerin die Revision für unzulässig. Die Forderung der Beklagten auf Zahlung von 1762,12 RM. knüpft an

den Teilanspruch der Klägerin an, über welchen das rechtskräftige Berufungsurteil vom 27. Februar 1931 befunden hat. Dies Urteil spricht aus, daß die Klägerin der Beklagten 7960 RM. nebst Zinsen zurückzahlen habe. Hierzu verlangt die Beklagte den Ersatz eines weiteren Schadens in der angegebenen Höhe von 1762,12 RM. Mit der jetzt noch streitigen Klageforderung steht dieser Schadensersatzanspruch der Beklagten in keinem Zusammenhang. Sachlich und verfahrensrechtlich liegt eine selbständige Forderung der Beklagten vor. Bei solcher Streitlage kann aber die Regel keine Anwendung finden, daß ein Schadensersatzanspruch aus § 717 Abs. 2 ZPO. bei der Bemessung des Streitwerts dann außer Betracht bleiben müsse, wenn der Schaden durch einfachen Prozeßantrag geltend gemacht werde (RGZ. Bd. 63 S. 367, Bd. 124 S. 182). Es bedarf im übrigen an dieser Stelle keiner Erörterung, ob in der Stellung des Antrags gemäß § 717 Abs. 2 ZPO. im vorliegenden Fall die Erhebung einer Widerklage gefunden werden kann. Im Fall der Widerklage würden die hier verlangten Kosten, als über die Klageforderung hinausgehend, einen besonderen Streitwert bilden, wie in den angeführten Entscheidungen ausgesprochen ist. Danach erfüllt schon der erste in der Revisionschrift gestellte Antrag die Revisionssumme, da die Revisionsklägerin Abweisung der Klage in Höhe von 5377,60 RM. und Zahlung von 1762,12 RM. fordert.

2. Dem Berufungsrichter ist darin beizutreten, daß die Beklagte den Anspruch auf Zahlung der 1762,12 RM. nicht mehr geltend machen kann. Diese Forderung hat ihre rechtliche Grundlage darin, daß die Klägerin die Vollstreckung der ihr im ersten landgerichtlichen Urteil zugesprochenen Beträge von 22960 RM. nebst Zinsen betrieben, daß ferner die Beklagte zur Abwendung der Zwangsvollstreckung die fällige Summe gezahlt und für deren Aufbringung nach ihrer Behauptung Bankzinsen aufgewendet hat. Im damaligen Berufungsverfahren hatte die Beklagte beantragt, die Klägerin zur Rückzahlung von 26468,06 RM. nebst Zinsen zu verurteilen. Dem hat das Berufungsgericht in Höhe von 7960 RM. und Zinsen entsprochen. Wie schon hervorgehoben ist, steht die nunmehr erhobene Forderung von 1762,12 RM. nicht im rechtlichen Zusammenhang mit dem noch streitigen Teil der Klageforderung. Durch das Urteil des Kammergerichts vom 27. Februar 1931 ist über den Teil Schaden der Klägerin rechtskräftig erkannt worden. Damit ist

dieser Teilschaden selbständig geworden und aus dem Rechtsstreit ausgeschieden. Es fehlt daher insoweit an einem „anhängigen Rechtsstreit“ im Sinn des § 717 Abs. 2 Satz 2 ZPO. Aus diesem Grunde ist der Beklagten die Befugnis abzusprechen, ihren weiteren Schaden nach Maßgabe des § 717 Abs. 2 im Wege des Prozeßantrags geltend zu machen. Sie hätte das im früheren Berufungsverfahren tun müssen. Die Beklagte war zwar an sich nicht gehindert, ihre Forderung durch Widerklage zu verfolgen. Indessen hat die Revisionsbeklagte unter Beweisangebot behauptet, die Beklagte habe in der Schlußverhandlung vor dem Berufungsgericht ausdrücklich erklärt, sie erhebe keine Widerklage, und zwar sei dies geschehen, nachdem die Klägerin ihre Zustimmung zur Erhebung einer Widerklage verweigert hatte. Einer Beweiserhebung bedarf es indessen nicht. Denn die Erhebung einer Widerklage wäre im Berufungsverfahren nur zulässig gewesen, wenn die Klägerin eingewilligt oder der Berufsungsrichter sie für sachdienlich erklärt hätte (§ 529 Abs. 4 ZPO.). Beides trifft nicht zu. Die Klägerin hat nach dem Tatbestand der Aufrechnung widersprochen und gebeten, den Antrag aus § 717 ZPO. als verspätet zurückzuweisen. Schon daraus ergibt sich klar der Wille der Klägerin, der Geltendmachung der Forderung in jeder verfahrensrechtlichen Art, auch durch Widerklage, zu widersprechen. Der Berufsungsrichter hat auch nach dem Zusammenhang der Urteilsgründe die Zulassung des Anspruchs nicht für sachdienlich gehalten. Die Revision ist somit in diesem Punkt unbegründet.

3. Entgegen der Auffassung der Revision war es nicht unbedingt geboten, für die Bemessung des Grundstückswerts den Zeitpunkt der Schlußverhandlung vor dem Berufsungsgericht zugrunde zu legen. Nach dem festgestellten Sachverhalt wollte die Klägerin das auf dem Grundstück zu errichtende Wohnhaus mit ihrer Familie bewohnen. Es fehlt jeder Anhalt dafür, daß die Klägerin das Grundstück, wenn es rechtzeitig geliefert wäre, verkauft haben würde und zwar gerade zu einem ungünstigen Zeitpunkt. Die Revision macht das auch nicht geltend. Ein Ankauf eines andern Grundstücks durch die Klägerin steht nicht in Frage. Unter den gegebenen Umständen ist dem Berufsungsrichter nicht aus Rechtsgründen entgegenzutreten, wenn er bei der Schadensberechnung einen Durchschnittswert des Grundstücks berücksichtigt (vgl. RGZ. Bd. 141 S. 259 [262]). Hiernach kann unentschieden bleiben, ob sich die Beklagte mit diesem Teil der Klage-

forderung im Verzug befunden hat und ob es mit dem Rechtsgebotanken des § 287 BGB. und der Billigkeit vereinbar wäre, wenn sie aus ihrem Verzug für sich Vorteile herleiten wollte, indem sie sich auf den während der langen Dauer des Rechtsstreits allgemein gesunkenen Grundstückswert beruft (vgl. RGZ. Bd. 123 S. 371 [377]; JW. 1932 S. 337 Nr. 5).

4. Die Revision wendet sich dagegen, daß der Klägerin die Kosten für die Beschaffung der Vollstreckungssicherheit mit 1377,60 RM. zuerkannt seien. Wären diese Aufwendungen als Teil der Prozeßkosten anzusehen, so wären sie, wie der Revision zuzugeben ist, im Kostenfestsetzungsverfahren zu berücksichtigen (RGZ. Bd. 85 S. 132), und daneben wäre für einen sachlich-rechtlichen Anspruch kein Raum (RGZ. Bd. 66 S. 186 [199], Bd. 130 S. 217, Bd. 145 S. 13). Die Frage, ob die Kosten für die Beschaffung einer Sicherheit zu den Prozeßkosten gehören, ist streitig. In der neueren Rechtsprechung der Oberlandesgerichte wird die Frage überwiegend bejaht (Darmstadt in JW. 1931 S. 2520 Nr. 10 mit Nachweisen, auch dort S. 2379 Nr. 9; ferner Braunschweig JW. 1929 S. 145 Nr. 58; auf demselben Standpunkt stehen Förster-Kann ZPD. 3. Aufl. § 788 Bem. 2a und Baumbach ZPD. 8. Aufl. § 788 Bem. 2, § 91 Bem. 3; dagegen verneinend Königsberg in JW. 1929 S. 3323 Nr. 13 und Stuttgart in JW. 1930 S. 178 Nr. 21; ferner Stein-Jonas ZPD. § 91 Anm. VI 1, § 788 Note 18; Seuffert-Walshmann ZPD. 12. Aufl. § 788 Bem. 1b; Eydow-Busch-Kranz ZPD. § 788 Bem. 1, § 91 Bem. 2). Nach § 788 ZPD. fallen die Kosten der Zwangsvollstreckung, soweit sie notwendig waren, dem Schuldner zur Last; sie sind zugleich mit dem zur Zwangsvollstreckung stehenden Anspruch beizutreiben. Hierzu hat der IV. Zivilsenat des Reichsgerichts am 18. März 1897 in Gruchot Bd. 41 S. 1183 ausgesprochen, daß die Geldbeträge, welche der Gläubiger behufs Beschaffung der Mittel für eine gemäß § 650 (jetzt § 710) ZPD. zu bestellende Sicherheit aufgewendet hat, nicht zu den Zwangsvollstreckungskosten im Sinn des § 697 (jetzt 788) ZPD. gehören. Unmittelbar ist hiermit nur gesagt, daß solche Aufwendungen nicht mit dem Anspruch vollstreckt werden können. In einer Konsulargerichtssache hat jedoch der VII. Zivilsenat des Reichsgerichts durch Beschluß vom 10. Juli 1928 (VII B 12/28) die obige Frage ausdrücklich verneint. Im Kostenfestsetzungsbeschuß war eine Provision von 1669,65 RM. festgesetzt

worden, die der Kläger der C-Bank dafür gezahlt hatte, daß sie für ihn die behufs Einstellung der Zwangsvollstreckung erforderliche Sicherheit von 100000 RM. durch Bestellung einer Bürgschaft leistete. Die Erstattungsfähigkeit dieses Betrags wurde deshalb verneint, weil er nicht zu den Kosten des Rechtsstreits gerechnet werden könne. Die Beschaffung einer derartigen Sicherheit sei ein Vorgang, der sich außerhalb des eigentlichen Prozeßverfahrens abspiele. Dies würde in gleicher Weise für Zinsen zu gelten haben, die etwa eine Partei für ein Darlehen zu zahlen hätte, das sie behufs Leistung einer Sicherheit in barem Geld aufgenommen hatte. Ob vielleicht ein außerhalb dieses Rechtsstreits zu verfolgender Erstattungsanspruch des Klägers gegen die Beklagte wegen Abalprovision besteht, müsse dahingestellt bleiben. An dieser Entscheidung ist festzuhalten. Die verfahrensrechtlichen Wirkungen einer Sicherheit treten stets erst mit deren Bestellung ein. Nach § 108 ZPO., wie er seit der Verordnung vom 13. Februar 1924 in Geltung ist, kann das Gericht zwar bestimmen, in welcher Art und Höhe eine verfahrensrechtliche Sicherheit zu leisten ist. In erster Reihe hängt es aber von der Vermögenslage und von der Entschließung der Partei ab, ob sie die Sicherheit leisten und wie sie die Mittel dazu aufbringen will. Nirgends ist in der Prozeßordnung vorgesehen, daß das Gericht in die Beschaffung der Sicherheit eingreifen könne oder daß dem Gegner darauf ein Einfluß eingeräumt werde. Die Erwägung, es entspreche einem praktischen Bedürfnis, daß die Sicherheitsleistung in Gestalt einer Bankbürgschaft zugelassen werde, bedeutet ein Entgegenkommen gegenüber dem, welcher die Sicherheit zu beschaffen hat. Die Erleichterung der Sicherheitsleistung kann dem Gegner Nachteil bringen; jedenfalls läßt sich auf diese Weise nicht begründen, daß der Gegner in seiner Eigenschaft als Kostenschuldner die vermehrten Unkosten für die Beschaffung der Sicherheit tragen müsse. Für die hier streitigen Kosten fehlt die im § 91 ZPO. aufgestellte Voraussetzung, daß sie zur Rechtsverfolgung der Klägerin notwendig waren.

Da es sich um ein (durch rechtskräftiges Urteil) abgeschlossenes Verfahren handelt, war die Klägerin nicht gehindert, die Erstattung der Kosten für die Beschaffung der Sicherheit in diesem Rechtsstreit zu fordern, was sie schon im ersten Rechtszug getan hat. Der Anspruch ist nach bürgerlichem Recht zu beurteilen. Es wird wesentlich von dem Zweck der Sicherheit und von den Umständen des Falls ab-

hängen, ob ein Schuldgrund für den Erstattungsanspruch anzuerkennen ist. Hier handelt es sich um eine Sicherheitsleistung zur Durchführung der Zwangsvollstreckung. Befand sich die Beklagte mit der Erfüllung der Hauptschuld in Verzug, so ist der Anspruch begründet (RGZ. Bd. 130 S. 217). Denn in diesem Fall war die Klägerin berechtigt, den unbegründeten Widerstand der Beklagten gegen ihre Leistungspflicht durch gesetzlich zulässigen Zwang zu brechen und diesem Zwang diene auch die Sicherheit. Das Kammergericht nimmt an, daß die Beklagte im Verzug gewesen sei.